

## 欧盟法论坛

欧盟关于民商事调解的 2008/52/EC指令述评<sup>\*</sup>陈洪杰<sup>\*\*</sup> 齐树洁<sup>\*\*\*</sup>

**内容提要:** 2008年5月,欧盟基于便利民众接近司法、正义的主旨,颁布了《关于民商事调解若干问题的指令》,其目的在于便利当事人利用替代性纠纷解决机制,并通过鼓励使用调解以及确保调解与司法程序之间的平衡关系,促成纠纷的妥善解决。用比较的眼光去观察和审视该指令中所蕴含的纠纷解决理念,对于我国正在努力建构的多元化纠纷解决机制将大有裨益。

**主题词:** 接近正义 替代性纠纷解决机制 调解

### 一、欧盟指令的立法目的及背景

2008年5月21日,欧洲议会及欧盟理事会于斯特拉斯堡(Strasbourg)作出了一项关于在欧盟范围内推动建立调解机制的指令。该指令第1条第1款开宗明义地指出:“本指令之目的在于便利当事人利用替代性纠纷解决机制,并通过鼓励使用调解以及确保调解与司法程序之间的平衡关系促成纠纷的妥善解决。这段言简意赅的表述看似无甚奥妙,实际上却折射出西方法治发达国家晚近几十年来关于纠纷解决以及正义实现模式的理论流变和制度变迁,因此有必要就其立法目的及背景做一番解读。

在现代国家中,纠纷解决方式的选择,涉及公共资源的配置以及公民利用司法的权利问题,因此具有极为重要的意义。根据西方传统的法治理念,国家权力的相互分离与制约是一国宪政的基础,为了保障人民的自由和权利不受违法或不当行政行为的侵害,确立与行政权相分离的司法权,并在此基础上赋予人民请求司法救济的权利,就成为贯彻法治主义的基本条件。由此,在纠纷解决方式的选择问题上,传统法治主义理念更关注于纠纷如何通过诉讼机制得到权威的解决。20世纪60年代以来,西方国家在民众诉讼需求大幅度上升,甚至出现局部性“诉讼爆炸”以及纠纷复杂化等背景下,掀起了“接近正义/司法运动”(Access to Justice),以保障公民接近和利用司法的权利,为民众寻求法律救济,实现个案正义创造更好的制度条件。

接近正义运动大致经历了三个阶段的改革,被称为“三次浪潮”,前两次浪潮主要是在司法领域内着力,试图提供更优的制度方案(法律援助和集团诉讼)来满足民众接近正义的需求,这种努力取得了一定的成效,但仍有其局限性。之后,改革者的视野开始转向传统司法领域以外寻求解决之道。利用司法的第三次浪潮,将正义与司法(法院)区分开来,重新解释正义的内涵,使公民有机会获得具体而符合实际的正义,即纠纷解决的权利。这一理念所带来的就是替代性纠纷解决方式(Alternative Dispute Resolution,简称为ADR)的发展。其思路是改变对法院在纠纷解决中功能定位的狭隘认识,即不能把法院在解决纠纷中所做的贡献完全等同于根据判决来解决纠纷。法院的主要贡献应当是为私人的、公共的场所中所产生的交涉和秩序,提供规范和程序的背景。也就是说,法院的判决为社会提供了纠纷解决的交易基础,而绝大多数的纠纷应当

\* 本文获得国家社会科学基金项目“多元化纠纷解决机制与和谐社会的构建”(批准号:07BFX069)的资助。

\*\* 厦门大学法学院博士研究生。

\*\*\* 厦门大学法学院教授,博士研究生导师。

指令全文参见《欧洲议会及欧盟理事会关于民商事调解若干问题的 2008/52/EC指令》(DIRECTIVE 2008/52/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters),陈洪杰译,齐树洁校,载张卫平、齐树洁主编:《司法改革论评》(第八辑),厦门大学出版社2008年版。

参见齐树洁:《民事司法改革研究》(第三版),厦门大学出版社2006年版,第5页。

参见[意]莫诺·卡佩莱蒂:《福利国家与接近正义》,刘俊祥等译,法律出版社2000年版,第125-136页。

交由当事人或其他团体组织根据这一基础、通过多种方式来解决。在这个意义上,“第三次浪潮”就是通过“司法”或“正义”的扩大解释,使纠纷解决的功能从法院向社会化的ADR转移;通过ADR强化社会解决纠纷的能力,使更多的社会主体和当事人能够及时、便捷、经济、平和地解决纠纷。

正是在上述理念更新的背景下,欧盟基于便利民众接近司法/正义的主旨,采取了一系列行动:1999年10月16日,欧盟理事会在芬兰坦佩雷(Tampere)召开的一次会议中敦请其成员国建立替代性的司法外纠纷解决机制;2000年5月,理事会就民商事法律框架下的替代性纠纷解决问题达成协议,认为在民商事领域发展恰当的司法外纠纷解决机制将会更加便利于民众接近司法/正义;2002年4月,欧盟委员会就民商事法律框架下的替代性纠纷解决问题起草了一份绿皮书(Green Paper),对欧盟范围内现有的替代性纠纷解决机制进行评估并尝试就“如何促进使用调解”向成员国及纠纷当事人广泛征集意见和方案;2008年5月21日,在经过上述一系列前期准备之后,欧洲议会及欧盟理事会正式作出了《关于民商事调解若干问题的2008/52/EC指令》,并要求各成员国(不包括丹麦)应在2011年5月21日前遵照本指令施行必要的法律、规章等。

可以预见,欧盟的这一指令必将会为接近正义的第三次浪潮注入持续的动力。而如果我们能够带着自身的问题意识,用比较的眼光去观察和审视该指令中所蕴含的纠纷解决理念,对于我国正在努力建构的多元化纠纷解决机制无疑将大有裨益。

## 二、欧盟调解指令之评析

从阐释人类学的角度看,法律及司法都是一种与地方性知识相关联的制度存在。从这个分析框架出发,我们可以认为,作为本文述评对象的指令亦是与“access to justice”这么一种在西方语境下,基于司法与正义共享一个指称符号——justice,而生成之符号系统所传递的知识背景相关联的。当然,在全球化的背景下,发生在遥远地区的种种事件,无论其是何种方面的,都比过去任何时候更为直接、迅速地对我们发生着影响,地方性知识之间相互渗透、弥漫的现象比比皆是。有些最初仅仅是作为地方性知识而存在的人类体验和认知却能在经历复杂的文化筛选之后而成为共识。正因为此,在地方性知识结构差异巨大的不同法域之间进行的法律借鉴和移植才成为可能。对于我们而言,以法律移植为出发点而开展的比较法研究需要持守这样的自觉意识:我们必须坚持以“文化持有者的内部眼界”来看待中国在制度建构过程中所出现的问题,在此基础上,带着相关问题意识以他者的眼光审视周遭的世界。这样,带给我们的就不仅仅是工具理性层面的技术借鉴,更重要的是它有助于我们找准自己的定位和未来的走向。基于这样的思路,欧盟2008/52/EC指令可在以下几个方面给予我们一些启示:

(一)指令的目标设定。如前所述,指令的目的在于便利当事人利用替代性纠纷解决机制,并通过鼓励使用调解以及确保调解与司法程序之间的平衡关系促成纠纷的妥善解决。我们认为,这段表述的后半句话——通过鼓励使用调解以及确保调解与司法程序之间的平衡关系促成纠纷的妥善解决——值得我们细细推敲。根据我们自身在建构多元化纠纷解决机制的过程中所形成的问题意识,如何看待ADR与司法程序之间的关系是一个重大的基本理论问题。只有处理好这一问题,才能更好地探索在具体的社会环境和法制环境下纠纷解决机制的合理结构。基于这样的理论关注,指令目标设定中的如下表述——确保调解与司法程序之间的平衡关系——便足以引发这样的疑问:这种“平衡关系”应如何界定,又该如何达成?

对于上述问题,指令第5条的规定或许可以为我们提供一些线索:

1. 法院在面对诉讼案件时,可在业已通盘考量案件之全貌且时机亦合适的情形下,鼓励当事人以调解方式解决纠纷。在调解过程中,如法院召开了交流信息的会议并方便当事人参加,可邀请当事人参加。

2. 本指令并不影响那些要求强制使用调解或需根据申请或批准而使用调解之国内立法的有效性,无论前述调解之使用是在司法程序开始之前或之后,只要前述立法并不妨碍当事人行使其接近司法的权利。

参见[美]克利福德·吉尔兹:《地方性知识——阐释人类学论文集》,王海龙等译,中央编译出版社2000年版,第222页。

参见齐树洁、李辉东:《建构走向新世纪的中国民事诉讼制度——〈司法现代化与民事诉讼制度的建构〉读后》,载《法学评论》2001年第3期。

参见范愉主编:《多元化纠纷解决机制》(第二版),厦门大学出版社2005年版,第29页。

从第 2 款规定可以看出,公民接近司法的权利是一项无条件优先的权利,任何国内立法都不得妨碍此种权利的行使。再结合欧盟的相关立法说明来看,保障公民接近司法的权利是指令的源目标,而鼓励使用调解等 ADR 方式是基于前述源目标而派生的子目标。从这个意义上来说,所谓的“调解与司法程序之间的平衡关系”或许又可表述为,在保障公民诉讼权利的前提下,为纠纷解决开辟更为经济、便捷、平和的 ADR 方式,与此同时,尊重和保障公民自由选择纠纷解决方式的权利。

此外,指令第 3 条关于调解的界定厘清了调解与司法程序之间的界限,该条指出,调解这一概念可以包括由某一法官所主持的调解,前提是法官并不对任何涉及本案纠纷的司法程序负责。这一概念排除了那些被指派处理本案纠纷的法院或法官在司法程序中所作的调解努力。对此,在指令的立法说明中专门指出,本指令所规定的调解应是由当事人起主导作用的自愿程序,当事人可以在任何时间根据其意愿启动或终止这一程序。不过,如果调解之展开属于或类似于指令第 5 条第 1 款规定的情形,那么法院应该有权依据国内法为这一调解程序设定一个期限。除此之外,法院不能对当事人主导的调解程序施加更多的干涉。我们认为,对于我国司法程序当中基于调审合一的制度模式而恶性蔓延的“以判促调、以判压调”之痼疾,前述欧盟指令中所体现的调审分离的制度理念或许是一剂良方。

(二)调解协议的执行。与依托于国家司法权之决断力的诉讼不同,调解程序主要依托于当事人的自主处分权,这一特征使得调解的优势和劣势同样明显:其优势在于可以使当事人之间更少一些对抗,并有利于在解决纠纷的同时继续维系当事人之间的长远关系;而劣势则在于,依托于当事人自主处分权而达成的调解协议难以像司法判决那样获得国家强制力的直接支持。尽管如此,指令利用巧妙的立法技术,有效地化解了调解协议在执行方面的劣势,其第 6 条规定:

1. 各成员国应确保纠纷各方当事人,或者已取得其他当事人明确同意的一方当事人,得以请求赋予基于调解而形成的书面协议之内容以强制执行力。此类协议之内容应被赋予强制执行力,除非在争议的案件中,前述协议之内容与前述请求作出地之成员国的法律是相抵触的,或者该成员国的法律并未就该协议的可强制执行性作出规定。

2 对于调解协议,可以由某一法院或其他适格的权力机构依据请求作出地之成员国的法律,以判决或决定或以某种具有公信力的文书(例如公证书——作者注)赋予其强制执行力。

根据上述规定,当事人即可在调解协议达成之际,未雨绸缪地向相关机构请求赋予调解协议以强制执行力,此时由于调解协议刚刚达成,当事人也容易取得对方的同意来作出前述请求。这样一来,即便事后出现对方当事人反悔并拒绝履行调解协议的情况,当事人也可转而启动强制执行程序以保障自己的利益。

反观我国的情况,调解协议的执行问题一度也是个颇为棘手的难题,由于相关法律自相矛盾的规定,导致在实践中调解协议被随意撕毁的情形比比皆是。这种情况一直到 2002 年最高人民法院《关于审理涉及人民调解协议的民事案件的若干规定》颁行之后,才得到一定程度的缓解。但是,该司法解释仅仅解决了人民调解协议的效力和执行问题,并未能涵盖其他类型调解协议的执行问题,这不能不说是一个缺憾。相比之下,欧盟指令中就调解协议的执行问题所作规定的覆盖面更为全面。根据指令第 3 条的界定,“调解”是指某一特定程序,无论其是如何被命名或被归类的,凭借该程序,纠纷的双方或多方当事人得以在调解人的协助下,在自愿的基础上通过他们自身的努力来达成纠纷解决方案之合意;“调解人”是指任何被请求以一种有效、中立以及适当的方式来主持调解的第三方主体,至于该第三方主体在有关成员国的称谓如何或从事何种职业,以及该第三方主体是以何种方式被任命或被要求来主持调解的,则均在所不论。也就是说,在我国被刻意加以区分的人民调解、行政调解、行业调解等类型的调解,如果放入欧盟指令的语境下,将统一按照指令第 6 条设定的模式被赋予强制执行力,这种思路值得我们借鉴。

(三)调解的秘密性。为了更好地促成调解,让纠纷当事人能够在调解程序中开诚布公地进行沟通和交换信息,有必要充分尊重调解的秘密性,为此,指令第 7 条规定:

1. 假如着手调解之本意即在于看重其秘密性,则除非各方当事人同意,否则各成员国应确保无论是调解

关于调审合一弊端的分析,参见陈洪杰:《论法官的角色扮演与功能担当——关于司法如何回应当下的两种叙事策略》,载张卫平、齐树洁主编:《司法改革论评》(第七辑),厦门大学出版社 2008 年版。

人还是那些与参与调解程序运作的相关主体,均不得被强制在民商事司法程序或仲裁程序中就产生于调解程序或与之有关的相关信息作证,但下列情况除外:(a)有必要将相关成员国的公共政策放在优先考虑的地位,尤其是在有必要确保儿童的最佳利益或是为防止对个人身心健康造成伤害的情况下;或(b)披露调解协议的内容对于实施或执行该协议确系必要。

2第1款的任何内容均不应妨碍成员国制定更严格的措施来保护调解的秘密性。关于调解的秘密性问题,在我国业已得到一定的承认。如根据《中国国际经济贸易仲裁委员会仲裁规则》(2005年)第40条的相关规定,如果双方当事人有调解愿望,或一方当事人有调解愿望并经仲裁庭征得另一方当事人同意,仲裁庭可以在仲裁程序进行过程中对其审理的案件进行调解……如果调解不成功,任何一方当事人均不得在其后的仲裁程序、司法程序和其他任何程序中援引对方当事人或仲裁庭在调解过程中发表过的、提出过的、建议过的、承认过的及愿意接受过的或否定过的任何陈述、意见、观点或建议作为其请求、答辩或反请求的依据。此外,值得提及的是,2004年9月16日最高人民法院《关于人民法院民事调解工作若干问题的规定》(以下简称《调解规定》)第7条第1款规定,当事人申请不公开进行调解的,人民法院应当准许。有学者指出,此项规定在一定程度上确立了法院调解的保密规则。我们认为,尽管《调解规定》第7条规定“调解不公开”的出发点与欧盟指令第7条意图下关于调解秘密性的规定其实是有所不同的,但通过适当的扩张解释,也可以得出“有关调解的信息不应在随后的司法或仲裁程序中被公开”的推论。不过,《调解规定》第7条的适用领域相对比较狭窄。目前,我国尚缺乏能够广泛适用于各类型调解、并就调解的秘密性问题作出明确规定的法律制度,这就可能使纠纷当事人由于担心所作出的让步或承认在今后的纠纷解决中被作为对自己不利的证据加以使用,因而不敢轻易作出让步。这一缺陷极大地损害了调解的根基,因此有必要在将来的立法中予以克服。

(四)时效问题。在法律体系中设置时效制度的目的在于惩罚“权利上的沉睡者”,其基本运作原理是预先设定好时效期间起止的判断标准,将时效期间届满却仍怠于行使权利者排除出司法救济的对象范畴。从这个意义上来说,积极使用调解来化解纠纷的当事人无论如何都不应被归类为“权利上的沉睡者”,为此,指令第8条第1款明确规定,各成员国应确保选择使用调解以解决纠纷的当事人不应基于诉讼时效或时效期间业已在调解期间内届满而在其后被排除启动司法程序或仲裁程序。借助于这一规定,指令小心翼翼地呵护着当事人使用调解的积极性。

从我国的情况来看,时效问题通常不会成为当事人使用调解的障碍,因为根据我国的时效制度,当事人提出调解的申请一般被视为是时效中断的法定事由之一。也就是说,在我国调解程序的进行期间一般不会出现时效期间届满的情况。尽管如此,我们认为,在我国将来的调解立法中仍有必要补充一段类似于指令第8条的兜底条款。因为,这不但有助于让民众更直观地感受到立法者鼓励调解的意图和决心,而且在一些极端或特殊的情形下,也可借助于这一条款尽量避免使用调解的纠纷当事人误入时效制度的雷区。

### 三、结语

根据该指令第11条的规定,欧盟委员会应不迟于2016年5月21日向欧洲议会、欧盟理事会以及欧洲经济与社会委员会提交一份关于本指令实施情况的报告。该报告应对欧盟范围内调解的发展情况以及本指令对成员国产生的影响进行评估。如有必要,该报告还应附上关于本指令的修正建议。这也提醒我们,指令就调解机制所作的制度建构未必是尽善尽美的,即使是在欧盟各成员国内部,指令的实施也极有可能遭遇种种困难。有鉴于此,对该指令的实施情况进行追踪式的动态评估显得尤为必要,只有这样才能恰当地评估指令是否在实践中产生了预期的效果,但这恰恰是本文力所不逮的。正因为如此,本文第二部分立足于对指令的文本分析而得出的诸多“启示”未必是真正有益的启示,这些结论仍需在实践过程中接受检验、批判和修正。

(责任编辑:黄德明)

赵钢、王杏飞:《我国法院调解制度的新发展——对〈关于人民法院民事调解工作若干问题的规定〉的初步解读》,载《法学评论》2005年第6期。